

A MANDAMENTALIDADE DA DECISÃO CAUTELAR

Márcio Schiefler-Fontes*

SUMÁRIO

1 Breve introdução. 2 A tutela antecipatória. 3 A mandamentalidade. 4 A decisão cautelar. 5 Considerações finais. 6 Referências.

1 BREVE INTRODUÇÃO

A tutela jurisdicional poderia hipoteticamente exaurir-se mediante os processos de conhecimento e de execução¹. Não obstante, em razão do tempo decorrido entre a interposição da demanda e a satisfação do direito de ação, surgiu o processo cautelar, concebido a princípio como um meio de conservar e assegurar o processo principal, porém não como forma de antecipar os resultados nele buscados, isto é, a definitiva composição da lide. Enquanto o processo principal busca tutelar o direito, o processo cautelar visa a tutelar o processo principal. Daí a declamada instrumentalidade, porque as medidas cautelares não encerrariam um fim em si mesmas, mas portariam eficácia adstrita às providências buscadas no processo principal.

* É bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2003), formado pela Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina (2003) e Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Santa Catarina (2005). Foi nomeado Terceiro Secretário da Carreira Diplomática; é Juiz Substituto em Santa Catarina, julgando na Vara Criminal da comarca de São José desde agosto de 2005, e Professor Colaborador de Direito Processual Penal na Universidade do Vale do Itajaí; é também Coordenador Regional da Associação dos Magistrados Catarinenses.

1 Muito embora as recentes inovações legislativas que modificaram dramaticamente o processo de execução, tornando-o em boa medida mera fase do processo civil, não sejam objeto deste trabalho, é oportuno enfatizar que o processo cautelar segue incólume. A esse respeito, vale examinar especialmente a Lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005, e a Lei n. 11.382, de 6 de dezembro de 2006.

Desde sua criação, não como modalidade processual, mas como mera técnica de “garantia”, até chegar a nosso sistema processual vigente, a tutela cautelar vem sofrendo uma série de alterações legislativas, com consequências no mais das vezes controvertidas. De largada, deve-se diferenciar tutela cautelar (efeito concreto) de processo cautelar (medida provisória de caráter abstrato prevista em lei). Algumas dessas mudanças encontraram sensível desvirtuamento na utilização equivocada pelos advogados e na interpretação inadequada pelos tribunais.

2 A TUTELA ANTECIPATÓRIA

É imprescindível excluir destas linhas, antes de prosseguir, o tema da tutela antecipatória, que não é aqui objeto de estudo e só aparece como termo de comparação com a tutela cautelar.

É certo que o legislador não criou no processo de conhecimento do Código de Processo Civil de 1973 um instituto que comportasse a satisfatividade facultada pelo de 1939, fato que levou as cautelares ao uso indiscriminado (MARINONI, 1998, p. 5), conforme ocorria com as tutelas cautelares (cautelares propriamente ditas e antecipatórias) do sistema anterior, por absoluta falta de opção, porque não havia outra tutela de urgência fora do Livro III do CPC, em completa dissonância com o pretensamente preconizado por Buzaid (medida provisória, desprovida de definitividade, calcada em mera plausibilidade). Nesse contexto, surgiu em 1994 a antecipação de tutela (artigo 273), que teve impacto direto sobre as cautelares ao ser concebida com o propósito de dar fim ao uso incorreto e abusivo das medidas cautelares (TEIXEIRA, 1996, p. 165).

A antecipação de tutela, em contraposição ao processo cautelar, realiza de forma antecipada os direitos buscados pela parte, pois fica facultado ao juiz antecipar os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, quando preenchidos os requisitos da prova inequívoca, da verossimilhança da alegação e do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Diferentemente do esperado, contudo, a inserção de tal dispositivo no ordenamento processual civil não eliminou o problema, apesar de ambos os institutos possuírem características e requisitos distintos, operando efeitos igualmente diversos entre si – a cautelar relativamente ao processo e a medida antecipatória no que diz respeito ao direito material.

Vem novamente à tona, embora neste tópico apenas de passagem, o acréscimo do § 7º ao artigo 273 do Código de Processo Civil, que acirrou ainda mais a discussão existente em torno das tutelas cautelares e antecipatórias, não menos porque por ele a tutela cautelar figura como medida em tese possível dentro do processo de conhecimento.

Esse complexo ambiente, não há negar, torna essencial e imprescindível um retorno aos fundamentos do direito processual civil que possibilite perquirir a natureza do provimento cautelar à luz de uma análise percutiente do processo.

3 A MANDAMENTALIDADE

Antes de qualquer coisa, a segurança requerida na tutela cautelar não pode prescindir da lembrança da classificação das ações proposta por Pontes de Miranda, e em seguida da categoria das ações e sentenças mandamentais. Por esse prisma é que se percebe que somente tal categoria de sentença, concomitantemente ato jurisdicional típico, mas incapaz de produzir coisa julgada material (artigo 467), e definitivo (artigo 269) – por corresponder a uma modalidade de tutela jurisdicional que se completa com uma sentença, a qual acaba por encerrar uma relação processual –, mas que não declara a existência do direito assegurado, poderá ser capaz de preencher os requisitos reclamados pela tutela cautelar (artigo 798).

As categorias tradicionais – declaratória, constitutiva e condenatória – de tutela jurisdicional (THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 455) somam-se à tutela executiva no conjunto daquelas inaptas a servir de instrumento eficaz à simples tutela da segurança jurídica no bojo de uma relação processual, como exige a tutela cautelar, por serem elas necessariamente formas de satisfação plena e irreversível do direito tutelado (BAPTISTA DA SILVA, 2000, p. 79).

Na cautelaridade, a eficácia da decisão deve conectar-se muito mais a uma ordem da autoridade jurisdicional que num julgamento, como acontecia, aliás, nos interditos romanos, que são, para muitos, as origens da tutela cautelar (BAPTISTA DA SILVA, 2000, p. 81).

Pontes de Miranda (1976, p. 3), ao comentar o Código de Processo Civil, pôs a nu essa característica da tutela cautelar em vigor, em que há certa inaptidão dos meios processuais comuns para a garantia célere no caso concreto, além do que frisou que a ordem com a qual se veste a decisão cautelar

também tem conteúdo administrativo. Pontes de Miranda (1976, p. 108), aliás, é outro que busca nos interditos as raízes dessas características.

4 A DECISÃO CAUTELAR

Não é difícil perceber que somente uma decisão que porte mais ordem que juízo (julgamento) será apropriada a uma forma de tutela processual mediante a qual se requer proteção a um direito eventual, cuja declaração não exige do magistrado posicionamento acerca do mérito da causa principal, ou melhor, sem que ali se produza coisa julgada material (artigo 467) (BAPTISTA DA SILVA, 2000, p. 81). Logo, uma decisão mandamental.

Em tempo: decisão mandamental é aquela decorrente de uma ação que se prende, nas palavras de Pontes de Miranda (1998, p. 135), “a atos que o juiz ou outra autoridade deve mandar que se pratique. O juiz expede o mandado, porque o autor tem pretensão ao mandamento e, exercendo a pretensão à tutela jurídica, propôs a ação mandamental”.

As autênticas medidas cautelares, como o arresto (artigo 813), o seqüestro (artigo 822) e as cauções (artigo 826), demandam das respectivas sentenças que as impõem não a declaração de um direito assegurado, senão essencialmente se limitam a determinar que seja efetivada a medida cautelar, fundamentada tão-somente na probabilidade de que aquela parte que requereu a medida seja de fato a titular do direito assegurado. Nessas hipóteses, é evidente que não há declaração da existência do direito material nem declaração de ser o demandado fatalmente vencido na causa principal. Tal desfecho obviamente jamais poderia ser alcançado por meio de sentenças declaratórias, constitutivas, condenatórias ou executivas, mesmo porque essas categorias de sentença produzem jurisdição satisfativa, pois ensejam o que produzirá coisa julgada material² (artigo 467). Quem declara direito material de modo a produzir coisa julgada indubitavelmente satisfaz a pretensão à declaração (BAPTISTA DA SILVA, 2000, p. 82).

A mandamentalidade é também decisiva quando se pretende tutela cautelar no processo de execução. Nem sequer seria possível nessa seara o emprego das técnicas próprias da execução obrigacional para alcançar o cumprimento da sentença, especialmente quando o provimento jurisdicional portasse uma ordem dirigida ao demandado, de modo a impor-lhe conduta,

2 A respeito da coisa julgada, ver: Baptista da Silva, 2004.

quer positiva (artigo 632), quer negativa (artigo 642) (BAPTISTA DA SILVA, 2002, p. 348). Manifesta-se a estrutura da sentença condenatória em toda a sua inadequação ao escopo cautelar, instrumentalizado pelo respectivo provimento jurisdicional.

Fica claro, portanto, que a sentença cautelar não é nem poderia ser condenatória, inapropriado de qualquer forma que sua execução se submetesse “aos critérios e limites peculiares às obrigações de fazer e não fazer, de tal modo que se pudesse imaginar a substituição do cumprimento *in natura*, quando a conduta imposta ao demandado consistisse num *facere* infungível, pela indenização pecuniária” (BAPTISTA DA SILVA, 2002, p. 348).

Sob essas circunstâncias, parece elementar que o processo cautelar não deve ser imiscuído com as chamadas demandas do processo de conhecimento, porque contém “jurisdição após a sentença de procedência”. É por isso que Baptista da Silva (2002, p. 348) expõe:

A “unidade” do procedimento cautelar que tanto intrigava Liebman (Unità del procedimento cautelare, RDP, 1954, p. 248 e ss.) precisamente nisto consiste: o procedimento é “único e indivisível” e, não obstante – foi a conclusão de Liebman –, não se lhe pode atribuir nem a natureza de um processo de conhecimento, menos ainda de um processo de execução (entendida como execução por créditos, que, como vimos amplamente na exposição anterior, é a única conhecida pela doutrina européia)³.

A decisão cautelar, que coroa o processo cautelar, que é autônomo, instrumental, portador de tutela urgente, provisória e revogável, não raras vezes fungível e que não faz coisa julgada material, não poderia ter outro caráter que não o mandamental.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi a partir do Código de Processo Civil em vigor que o processo cautelar ganhou autonomia como forma de prestação jurisdicional específica. No Código de 1939, o processo cautelar era acessório, incluído no título das medidas preventivas.

3 Em seguida, assinala: “Essa mesma contraposição do processo cautelar (‘quanto allo scopo’) ao processo de conhecimento – que CARNELUTTI ainda dizia ser o único de natureza jurisdicional – e ao processo de execução fora assinalada por este em seu *Sistema del diritto processuale civile*, vol. I, p. 206; igualmente CALAMANDREI, em seu clássico ensaio sobre os provimentos cautelares, depois de fazer considerações que denunciavam uma idêntica perplexidade, chega a afirmar que o processo cautelar deveria ser colocado ‘nella sistematica del processo come categoria a sè’ (*Introduzione...*, p. 140)” (p. 348 - 349).

Na jurisdição cautelar, que segundo uns almeja precipuamente assegurar preventivamente a efetiva concretização de direitos subjetivos e de formas diversas de interesses juridicamente legítimos (GOMES; BAPTISTA DA SILVA, 1998, p. 334), e segundo outros intenta simplesmente garantir o fim útil do processo (LACERDA, 1980, p. 55), configura-se nitidamente a preponderância da eficácia mandamental, em que o juiz mais ordena do que julga.

Isso não é privilégio da jurisdição cautelar, como desde logo se afigura. Em outros campos das tutelas de urgência acontece fenômeno idêntico. Na jurisdição antecipatória (artigo 273), que sacia provisoriamente a busca pelo bem da vida perseguido no processo a partir da ação, ocorre satisfação parcial ou integral de um direito, realização concreta e objetiva dele no plano social, como enfatiza Nelson Schaefer Martins (2004, p. 207).

Percebe-se, pelo sucintamente exposto, que não pode ser posta em dúvida a mandamentalidade da decisão cautelar, em que o juiz ordena, determina que a parte faça algo, mas sempre na defesa do processo, buscando a garantia de sua efetividade, jamais em favor da parte para entregar-lhe, antes da cognição apropriada, o bem da vida perseguido.

6 REFERÊNCIAS

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Coisa julgada relativa?. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 821, ano 93, p. 29-38, mar 2004.

_____. *Curso de processo civil*. 5. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 2.

_____. *Curso de processo civil*. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 3.

GOMES, Fábio Luiz. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Teoria geral do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. 8, t. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. *Poderes do juiz no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2004.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12. t. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

_____. *Tratado das ações*. 1. t. atual. por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do CPC*. São Paulo: Saraiva, 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 1.